

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CAIO HENRIQUE BOCCHINI

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
(INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS)

FLORIANÓPOLIS
2013

CAIO HENRIQUE BOCCHINI

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
(INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS)

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado junto ao curso de
graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina – UFSC, na
área do Direito Administrativo e Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Coorientador: Bel. Bernardo Wildi Lins

FLORIANÓPOLIS

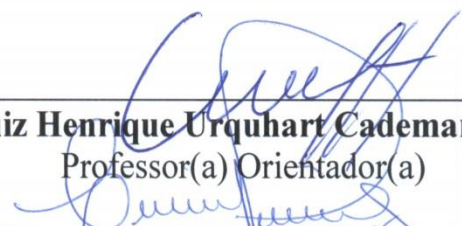
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**As inconstitucionalidades formais da Lei 12.462/2011 - Regime Diferenciado de Contratações Públicas**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Caio Henrique Bocchini**, defendida em **06/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (PEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2013.



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Cibelly Farias
Membro de Banca



José Sérgio da Silva Cristóvam
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Éder e Nelly. Pilares da minha educação. Sem vocês simplesmente não existiria amor, o maior dos aprendizados.

Irmãos não me faltam, mas em especial dedico este trabalho àqueles com quem a vida me deu a alegria de compartilhar cada momento, Lucas e Igor. Tudo sempre foi mais fácil com vocês por perto.

Dividir um lar com alguém nunca é fácil, e na Universidade tive o honra de poder morar com meus mais recentes irmãos adquiridos, Roberto, Bruno, Matheus, Orlando, Rafael, entre outros igualmente especiais, a quem deixo os votos de agradecimento.

Dedico também este trabalho a todos os meus parceiros na vida acadêmica, e futuros colegas de profissão, em especial o Renan e o Douglas. Obrigado pelo carinho e por toda a ajuda na construção do meu ser pessoal, moral e profissional.

Tive a honra de ter trabalhado com dois grandes amigos, mentores, mestres, exemplos de profissionais e exímios juristas, Doutora Cibelly Farias, Procuradora do Ministério Público de Contas, e Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam, advogado e professor. Obrigado pela oportunidade e paciência.

Igualmente agradeço ao meu orientador, professor Luiz Henrique Urquhart Cademartori, e coorientador, Bernardo Wildi Lins, tão dedicados e competentes, e responsáveis pela realização desse trabalho.

Por último, e mais importante, destino cada letra e cada pensamento desprendido na elaboração deste trabalho a você, Fabiana, meu amor. Sou imensamente grato à vida por ter lhe encontrado, e igualmente grato a você pelo seu carinho e paciência. Só nós dois sabemos o que passamos para chegar até aqui. Se não fosse tanto amor...

Pink Floyd - Wot's... Uh The Deal

*Heaven sent the promised land
Looks all right from where I stand
'Cause I'm the man on the outside looking in
Waiting on the first step
Show me where the key is kept
Point me down the right line
Because it's time
To let me in from the cold
Turn my lead into gold
'Cause there's a chill wind blowin' in my soul
And I think I'm growing old*

*Flash the readies
Wots..uh the deal?
Got to make it to the next meal
Try to keep up with the turning of the wheel
Mile after mile stone after stone
You turn to speak but you're alone
Million miles from home you're on your own
So let me in from the cold
Turn my lead into gold
'Cause there's a chill wind blowin' in my soul
And I think I'm growing old*

*Fire bright by candlelight and her by my side
And if she prefers we never stir again
Someone sent the promised land
And I grabbed it with both hands
Now I'm the man on the inside looking out
Hear me shout
Come on in
What's the news? where you been?
'Cause there's no wind left in my soul
And I've grown old*

RESUMO EM LÍNGUA VERNÁCULA

O presente trabalho visa discutir acerca das possíveis inconstitucionalidades formais observadas na Lei 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, popularmente conhecido como RDC, no cenário das licitações públicas voltadas para infraestrutura da Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Faz uma breve introdução histórica acerca do contexto social do país na época da criação da referida Lei, bem como as suas inovações em despeito da Regra Geral de Licitações (Lei 8.666/93). Tendo por base as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.645 e nº 4.655 ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, esta obra analisa as supostas inconstitucionalidades formais de criação da Medida Provisória nº 527/2011, posteriormente convertida na Lei 12.462/2011.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade da Lei 12.462/2011. Direito Administrativo. Direito Constitucional.

ABSTRACT

The present work aims to discuss about the possible formal unconstitutionality observed in Law 12.462/2011, which established the Distinguished Public Procurement Regime, popularly known as DPPR, in the scenario of public bidding aimed at infrastructure Confederations Cup 2013, World Cup 2014 and the Olympic and Paralympic Games in 2016. Has a brief historical introduction about the social context of the country at the time of the creation of this law, as well as its innovations in spite of Rule General Procurement (Law 8.666/93). Based on the ADI 4.645 and ADI 4.655 filed in the Supreme Court, this work analyzes the alleged formal unconstitutionality on the creation of the Provisional Measure No. 527/2011, converted into Law No. 12.462/2011.

Keywords: Unconstitutionality of Law 12.462/2011. Administrative Law. Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	12
1.1 Noções básicas sobre licitações	12
1.2 Contexto sociopolítico em que surgiu a Lei 12.462/2011	14
1.3 Contexto histórico-jurídico da Lei 12.462/2011	17
1.4 Aspectos jurídicos-procedimentais trazidos pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas	20
1.5 O prazo de vigência do Regime Diferenciado de Contratações	24
2. AS INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS DO R.D.C.	28
2.1 Ausência dos pressupostos necessários à edição de medidas provisórias (urgência e relevância)	32
2.2 Abuso no poder de emendar e violação do devido processo legislativo	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A presente monografia se insere no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, eis que trata dos aspectos de inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, modalidade licitatória instituída pela Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011.

Constata-se desde já que o regime diferenciado, popularmente conhecido como “RDC”, foi criado com a finalidade específica de “facilitar” as contratações que seriam necessárias à concretização das obras realizadas para a Copa FIFA das Confederações de 2013, Copa do Mundo FIFA de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, eventos que o Brasil arguiu em sediar.

Nesse norte, discute-se inicialmente se a eficácia da referida Lei se perderia com o término das obras para os eventos, já que no texto originário da referida Lei, havia a menção expressa de que somente as obras que possuísem a sua finalidade destinada aos eventos, poderiam utilizar daquela modalidade licitatória instituída pela Lei 12.462/2011.

Todavia, com o decorrer do tempo, a referida Lei sofreu constantes emendas, estendendo-se o seu campo de incidência para outras entidades/órgãos.

Por outro lado, o tema principal abordado no presente trabalho refere-se à celeuma criada acerca da Lei 12.462/2011, que consiste na sua “irregular” positivação no âmbito jurídico nacional. Em outros termos, discute-se a sua constitucionalidade formal, atinente à origem da lei, bem como a sua constitucionalidade material, no que tange aos aspectos diretamente ligados ao seu texto.

A discussão estendeu-se até o Supremo Tribunal Federal, com a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.645 e nº 4655, que, por sua vez, discutem ambos os aspectos de inconstitucionalidade da Lei. No presente trabalho, todavia, a análise se restringiu, tão somente, aos

aspectos de inconstitucionalidades formais.

O método científico utilizado foi dedutivo, pois parte-se de premissas maiores – com a análise do sistema licitatório brasileiro –, para então questioná-lo ao avaliar a questão da ampliação do novo modelo de licitação. O método de pesquisa consistiu na realização de consulta em fontes bibliográficas, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Contas da União, artigos de periódicos consolidados, e principalmente análise de textos legais do ordenamento jurídico pátrio.

A atualidade do tema reside na contínua ampliação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas que vem sendo observada ao longo dos anos, com a realização de emendas legais que, possivelmente, possuem o caráter de ampliação dos efeitos e da vigência da Lei 12.462/2011.

A modernidade temática evidencia, também, os vultuosos questionamentos da população pelos gastos executados pelos entes públicos responsáveis pela realização dos eventos internacionais, como por exemplo as manifestações que tomaram as ruas nos meses de junho a julho de 2013.

Para fins de aprofundamento, sem, contudo, me estender demais, restringi o trabalho à análise das fundamentações de inconstitucionalidades formais que cercam o RDC.

O interesse do autor no tema reside no seu prazer em estudar os pilares do direito público, ou seja, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, já que boa parte de sua Graduação em Direito, teve contato direto com as matérias.

Da mesma forma, o autor entende que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, conforme restará demonstrado no conteúdo deste trabalho, possivelmente terá a sua vigência estendida com o término dos eventos. Em razão disso, cria-se a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos contidos na Lei 12.462/2011, de forma a observar os seus aspectos inconstitucionais, e torná-los juridicamente viáveis.

Por outro lado, tendo em vista a relevância que o tema

“licitações” possui no âmbito da Administração Pública em geral, bem como a crescente possibilidade de corrupção que pode vir a tona com o advento das obras para os eventos, já que movimentam um vultoso montante financeiro, entende-se que abordar as fundamentações de inconstitucionalidade que envolvem a Lei, seria uma forma jurídica de contribuir com o interesse público de não ser lesado.

Ao mesmo tempo, abordar as inconstitucionalidades da Lei 12.462, que trata do tema licitações, pode ser uma forma de contribuir para o aprimoramento deste importante pilar da Administração Pública, que é a licitação de forma geral.

Efetuar uma análise de inconstitucionalidade da Lei pode ser uma forma de garantir que, pelo menos juridicamente, a Lei estará de acordo com o bem estar social.

Partindo-se dos pressupostos já elucidados, evidencia-se que o primeiro capítulo deste trabalho tratará da natureza jurídica da Lei 12.462/2011, bem como o contexto histórico no qual a mesma está inserida.

Demonstrará também que a Lei 12.462/2011, inicialmente possuía sua vigência definida, e que, no entanto, com a criação de emendas à Lei, no decorrer do tempo, a sua positivação no âmbito jurídico poderá se estender indefinidamente.

Na sequência, o segundo capítulo abordará diretamente os aspectos de inconstitucionalidade formais observados na Lei 12.462/2011, e, primeiramente elucidados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.645 e 4.655.

Em um primeiro momento, a análise tratará da ausência de pressupostos constitucionais necessários à edição de medidas provisórias. Depois, abordará o abuso no poder de emendar, e a consequente violação do devido processo legislativo.

Passa-se, portanto, às elucidações pertinentes.

1. RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

1.1 Noções básicas sobre licitações

É cediço que no âmbito jurídico da Administração Pública brasileira, toda e qualquer contratação efetuada com particulares será previamente submetida a um processo licitatório.

A previsão jurídica de tal obrigatoriedade está positivada na Constituição Federal, veja-se:

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Apesar de, inicialmente, o próprio inciso XXI procurar definir a finalidade do procedimento licitatório, ao positivar que o mesmo deverá assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, tem-se que, em verdade, o método licitatório possui uma carga axiológica muito além daquela prevista constitucionalmente.

Para fins de acepção não menos ou mais correta, mas evidentemente precisa, Celso Antônio Bandeira de Mello¹, define o termo “licitação” da seguinte forma:

“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir.”

Hely Lopes Meirelles², por sua vez, entende que procedimento licitatório é “o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 2010. Editora Malheiros. 27ª Edição. Fl. 524.

consequente”. Prossegue seu ensinamento, asseverando que a licitação é “apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito”.

Já para Maria Zanella Di Pietro³, licitação é:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Pois bem, partindo-se da premissa de que, em casos de necessidade, a Administração Pública somente promoverá a contratação de particulares por meio do certame licitatório, de acordo com a previsão constitucional, nasce, no âmbito jurídico nacional, a Lei 8.666/93. Sua finalidade, nos termos do próprio preâmbulo, é a de regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, além de prever outras providências.

O intuito da Lei 8.666/93 é claro e objetivo. O seu método procedimental, no entanto, vem causando divergências doutrinárias desde que passou a vigorar no sistema jurídico nacional.

Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho⁴ a respeito do assunto afirmam:

“Ao longo de seus dezenove anos de vigência, a LNL tem incorporado atualizações e alterações de toda sorte. Em sua conturbada existência foram promulgadas cerca de cinco dezenas de Emendas Constitucionais. Sofreu ainda sob o impacto de medidas provisórias sucessivas e foi acompanhada em sua trajetória por normas regulamentadoras oriundas de diversos setores da Administração, como decretos, resoluções e instruções normativas. E absorveu decisivas mudanças no cenário político-institucional, causadas por outros textos legais de grande repercussão, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, além de reflexos da modernização dos marcos regulatórios setoriais.”

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Editora Malheiros: São Paulo. 2013.

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. Editora Atlas: São Paulo. 2013.

⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, BICALHO. Alécia Paolucci Nogueira. RDC – Contratações para as copas e jogos olímpicos. Editora Fórum: Belo Horizonte. 2012. Fl. 22.

Todavia, não cabe aqui tecer considerações de cunho material acerca da referida Lei. Cada doutrinador possui uma opinião própria sobre o tema, o que, por vezes, pode vir a tornar o presente trabalho oneroso, ou ainda, desviar o caminho do que se está abordando.

Entende-se que a Lei 8.666/93, seja ela a vilã da Administração Pública ou a menina dos olhos do legislador, desde que entrou em vigor, criou diretrizes e bases principiológicas que por si só justificam a sua existência, já que foi o primeiro compilado legal a tratar da matéria “licitação”, bem como dos contratos administrativos. Sem elas, dificilmente se poderia progredir de forma a garantir uma perfectibilização do instituto licitatório.

Desta forma, com o decorrer do tempo, algumas leis vieram a lume para melhor tratar da abordagem licitatória, em complemento à Lei 8.666/93.

Nesse contexto, em 04 agosto de 2011 entrou em vigor a Lei 12.462/2011, o qual instituiu “um regime diferenciado para as licitações e contratos públicos, aplicáveis quando presente determinados requisitos”⁵.

Seguindo na definição de Marçal Justen Filho, “a consagração de uma nova disciplina para as licitações e contratações públicas resultou de uma pluralidade de razões, dentre as quais as mais evidentes envolveram dificuldade no cumprimento dos prazos relativos à realização de megaeventos esportivos”.

Parte-se, portanto, deste entendimento para fazer a apresentação do “RDC”, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

1.2 Contexto sociopolítico em que surgiu a Lei 12.462/2011

O notório desenvolvimento econômico que o Brasil vivencia no Século XXI acarretou na necessidade de se alavancar a sua política externa, e principalmente, sedimentar a imagem do Brasil em relação aos outros Estados. Desta forma, além de atrair investimentos financeiros e industriais, o Brasil

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). 1ª Edição. Editora Dialética. São Paulo. 2013. P.

também estaria se situando em uma posição privilegiada entre as potências econômicas mundiais.

Neste viés, concluem Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho⁶:

“É verdade que, ao lado dos aspectos políticos e sociais do empreendimento, desenha-se um cenário bastante provável de oportunidades econômicas, movimentação financeira, afluxo de capitais exógenos; e caso sejam de fato observados os requisitos da probidade administrativa e eficiência organizacional, todas as variáveis concorrem para a composição de um ambiente favorável a um novo impulso de crescimento econômico.”

Em decorrência desse fenômeno político, o Brasil passou a ser refém da própria intuição, já que, cumulativamente, assumiu a “obrigação” de sediar quatro eventos de vultuosas proporções, em um curto lapso temporal. Estes, por ordem cronológica de acontecimento, são: (a) Copa das Confederações em 2013; (b) Copa do Mundo de Futebol FIFA em 2014; (c) Jogos Olímpicos em 2016; e (d) Jogos Paraolímpicos em 2016.

O termo “obrigação”, no entanto, não possui uma conotação em sentido estrito. Entende-se que o vínculo criado entre o Governo Federal e as entidades particulares que organizam esses eventos, quais sejam, a FIFA (Federação Internacional de Futebol) e o COI (Comitê Olímpico Internacional), possuía, inicialmente, apenas o denotação política dessa associação.

Denota-se que a obrigação de realizar os eventos que ocorreram/ocorrerão no Brasil deriva do simples ato de soberania exercido pelo Estado, que, no uso de suas atribuições, visou o avanço econômico e social que, por vezes, tais eventos podem ocasionar.

Por óbvio que nesse caso, uma obrigação vincula a outra. Consequentemente o Brasil assumiu consigo mesmo o comprometimento de oferecer aos eventos a estrutura necessária que comporte as pessoas que nele participarão, tanto aos atletas, como aos espectadores.

No entanto, é de notório conhecimento que o Brasil não possuía, ao tempo da vinculação a estrutura necessária para a realização adequada dos eventos. Da mesma forma, discutia-se se o prazo necessário à

⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, BICALHO. Alécia Paolucci Nogueira. op cit., p. 22.

realização das obras seria suficiente para a sua concretização. Nesse sentido, emprestar-se-á o conceito introduzido por Maurício Zockun⁷:

“(...) a realização desses eventos demandará a construção de um plexo de obras capazes de permitir a prática de variadas atividades desportivas. Além disto, outras benfeitorias deverão ser edificadas, reparadas e ampliadas para o desenvolvimento de atividades inerentes e indissociáveis a esses eventos, tais como: (i) acomodação para os atletas e equipes de apoio, (ii) alocação de mídia nacional e internacional e respectivos equipamentos, (iii) prestação de serviços necessários ao desenvolvimento destes eventos; (iv) prestação de variada gama de serviços aos nacionais e estrangeiros que apreciarão, *in loco*, esses eventos, dentre outros.

Aforam isso, e como subproduto destes eventos, turistas de todos os quadrantes do mundo afluirão ao território nacional e aos locais de realização dessas competições. Isso demandará construção, ampliação ou melhoria de portos, aeroportos, rodoviárias, sistema viário, transporte público, acomodação pública e privada, dentre outras.

Praticamente desconhecido, contudo, é o fato de que o compromisso para a realização desses eventos desportivos decorre de um acordo assumido pelo Estado brasileiro como organizações internacionais não governamentais incumbidas de periodicamente assegurar-lhe a realização. É dizer, foi o Estado brasileiro que, no exercício de sua soberania, se dispôs e comprometeu a realiza-los. Trata-se de um ato jurídico de exclusiva iniciativa governamental.”

Como visto, as obras necessárias demandariam uma carga funcional, por parte da Administração Pública, muito além de sua capacidade.

Por outro norte, no que tange aos possíveis avanços que os eventos acarretarão, tem-se que em projeção realizada pelo Ministério do Esporte, evidencia-se que a Copa do Mundo de 2014 deverá somar aproximadamente 183 bilhões ao PIB brasileiro até 2019, o que corresponderá a um aumento de 0,4% ao ano no PIB nacional.

Estima-se ainda que a Copa terá como impactos diretos 33 bilhões em investimentos em infraestrutura; 9,4 bilhões gerados por 3,7 milhões de turistas (entre turistas nacionais e internacionais); e um incremento de 5 bilhões no consumo das famílias brasileiras entre 2010 e 2014, em virtude do aumento das oportunidades de emprego⁸.

Por óbvio que ao assumir tais obrigações, o Estado brasileiro tinha consciência da possibilidade de concretizá-los, graças ao crescente

⁷ ZOCKUN, Maurício. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. 2ª Ed. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2012.

⁸ Disponível em: <http://www.copa2014.gov.br/pt-br/brasilecopa/sobreacopa/numeros>

avanço econômico ocorrido ao longo dos últimos anos, que o permitiu destinarem-no um vultoso montante financeiro.

Da mesma forma, aqui não cabe tecer argumentos positivos ou contrários a esta obrigação, vez que os eventos, inclusive, já se iniciaram, e, certamente, se concretizarão nos próximos anos.

A situação fática é que o Brasil assumiu a obrigação com entidades não governamentais de sediar eventos que envolvem um vultoso investimento financeiro, e a criação de um aglomerado de obras que, devido à sua grandiosidade, por certo demandaria um indeterminado período.

Nesse sentido, afirma Maurício Zockun⁹:

“é intuitivo que todo suporte material umbilicalmente necessário à realização desses eventos deve estar pronto, acabado, testado e em pleno funcionalmente até a data do início das competições internacionais”.

(...)

Afinal, o Direito é uma pauta de prescrições volvidas à manutenção da paz social, à edificação do espírito fraternal entre os homens e à satisfação do bem comum. Por essa razão, não se concebe que, ele mesmo, tenha por legítimo o comportamento que frustrar o propósito que lhe presidiu e deu (e dá) existência. O direito pretende ser eficaz no *mundo fenomênico*, eis que dessa forma o propósito por ele perseguido será alcançado.

(...)

Logo, se as atividades necessárias e imprescindíveis à realização desses eventos desportivos forem concluídas posteriormente à data que lhe fixa o início ou o fim, ter-se-á por *frustrada* a razão jurídica que lhe presidiu a existência.”

Com base nessa premissa, e principalmente no “interesse público”, o legislador brasileiro tratou de atender as vigentes demandas pela celeridade na realização das obras públicas, criando assim a Lei 12.462, em 2011.

1.3 Contexto histórico-jurídico da Lei 12.462/2011

Antes do advento da Lei 12.462/2011, o Poder Executivo já havia tentado instituir normas especiais para licitações e contratos referentes à

⁹ ZOCKUN, op. cit., p. 18-19.

Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Ressalta-se que as primeiras tentativas de viabilizar o modelo diferenciado de contratações surgiram em maio de 2010, com as edições das medidas provisórias 488 e 489, as quais perderam a eficácia pelo decurso do tempo, dada a sua não apreciação dentro do prazo previsto no artigo 62 da Constituição Federal. Inicialmente as medidas previam regras de licitações e contratos aplicáveis especificamente às obras e serviços relativos àqueles eventos desportivos.

Também na tramitação da Medida Provisória nº 503, de 2010, foi apresentada uma emenda ao seu texto, que resgatava disposições da Medida Provisória nº 489, de 2010. Tal emenda, todavia, foi rejeitada, não figurando seu conteúdo na Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, na qual se converteu a Medida Provisória nº 503, de 2010.

Na sequência, durante a tramitação da Medida Provisória nº 521, de 2010, na Câmara dos Deputados, a Relatora da matéria em Plenário, Deputada Jandira Feghali, chegou a apresentar parecer que concluía pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 11, de 2011, constituído por 53 artigos, dos quais apenas os dois primeiros e os dois últimos tratavam da matéria originalmente constante da Medida Provisória. Todos os demais dispunham sobre o Regime Diferenciado de Contratações.

Diante das resistências que surgiram em relação aos dispositivos do PLV referentes ao RDC, bem assim da proximidade do fim do prazo de vigência da Medida Provisória nº 521, de 2010, foi submetida a votação e aprovada, no Plenário da Câmara, uma nova versão do PLV, da qual não mais constavam os dispositivos atinentes ao RDC. A Medida porém, perdeu, a eficácia em 1º de junho de 2011, antes que houvesse deliberação do Plenário do Senado Federal.

Somente na quarta tentativa, na tramitação da Medida Provisória nº 527, de 2011, o Poder Executivo logrou êxito em ver aprovado o Regime Diferenciado de Contratações. Disso resultou uma lei casuística, constituída por 69 artigos, e que, em seu Capítulo I, permite que seja afastada a aplicação da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,

aos certames necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Os dispositivos do texto original da Medida Provisória nº 527 passaram a constituir os Capítulos II e IV da Lei nº 12.462. Por fim, o Capítulo III da Lei, além de conter dois artigos referentes às licitações no âmbito do Regime Diferenciado, promoveu matéria distinta àquela atinente ao RDC.

Nessa senda, o texto sancionado pela Presidente da República constitui uma verdadeira “lei”, já que permite excluir a aplicação, naquelas licitações e contratos, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei Geral de Licitações e Contratos.

Conquanto já se encontrasse pendente de deliberação, pelo Senado Federal, projeto de reforma da Lei nº 8.666, de 1993, o Governo resolveu optar pela via rápida do processo legislativo das medidas provisórias, convencendo sua base congressual a inserir no texto da Medida Provisória nº 527 a nova regulação das licitações e contratos para os mencionados eventos desportivos.

Como tem ocorrido invariavelmente no processo legislativo das medidas provisórias, não foi constituída a comissão mista prevista no art. 62, § 9º, da Constituição Federal, para emitir parecer a respeito da Medida Provisória nº 527.

Em decorrência da conversão da Medida Provisória, em 04 de agosto de 2011, foi sancionada a Lei 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações, posteriormente regulamentada pelo Decreto 7.582 de 11 de outubro de 2011, que, vulgarmente ponderando, nada mais é do que a dilatação da possibilidade de se realizar pregões para a contratação de obras públicas, dentre outras inovações (os métodos e finalidades da lei serão alhures melhor debatidos).

1.4 Aspectos jurídicos-procedimentais trazidos pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas

É cediço que a Lei nº 12.462/2011 inovou em alguns aspectos procedimentais que preliminarmente não foram consagrados pela regra geral das licitações, já que esta é a sua principal razão de existência.

Visando demonstrar os aspectos inovadores abordados pelo “RDC”, que, vale transcrever a abordagem apresentada por Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso¹⁰, demonstrando que a Lei nº 12.462:

“(...) parece ter instituído uma nova modalidade de licitação, combinando alguns elementos das modalidades até então existentes na disciplina administrativa com a introdução de relevantes inovações, para conformar o que denomina *Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. Nessa perspectiva, no seu âmbito de incidência, o RDC constitui modalidade procedimental autônoma, abrangendo a seleção e contratação necessárias à obtenção do bem ou servido demandado pela Administração.”

Os objetivos desta lei estão previstos no seu art. 1º, § 1º que, por seu turno, versa nos seguintes termos:

Art. 1º (...)

§ 1º O RDC tem por objetivos:

- I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III - incentivar a inovação tecnológica; e
- IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública

No mesmo sentido, corrobora Fernanda Marinela¹¹:

“O RDC pretende o encurtamento dos prazos, a simplificação do procedimento e o cumprimento de metas público-privadas. A lei estabelece expressamente como objetivos a ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, acrescentando que deverá buscar promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custo e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica, determinando, por fim, que o novo regime deverá assegurar

¹⁰ ANDRADE, Ricardo Barreto; VELOSO, Vitor Lanza. O regime Diferenciado de Contratações Públicas – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Editora Fórum: Belo Horizonte. 2012. P. 27.

¹¹ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6ª Edição. Ed. Impetus. Niterói. 2012. P. 391.

tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.”

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹², as inovações contidas na nova modalidade licitatória são mais abrangentes:

“Algumas inovações relevantes serão introduzidas no regime diferenciado de contratação, seja quanto à licitação, seja quanto ao contrato:

- a) Ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º);
- b) Inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º);
- c) Restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 6º);
- d) Inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12);
- e) Novos critérios de julgamento (art. 18);
- f) Previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29);
- g) Previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II);
- h) Possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10);
- i) Previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11);
- j) Previsão de contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º).

Efetuando-se uma breve síntese acerca das novidades, tem-se, primeiramente que a publicidade pode ser veiculada por divulgação direta aos fornecedores, por publicação em órgão oficial de imprensa, facultada também em jornal diário de grande circulação, e por divulgação em sítio eletrônico. Dependendo do valor da obra ou serviço, toma-se dispensada a publicação em órgão oficial de imprensa.

Os critérios de julgamento foram assim relacionados: (I) menor preço ou maior desconto; (II) técnica e preço; (III) melhor técnica ou conteúdo artístico; (IV) maior oferta de preço; e (V) maior retorno econômico (art. 18). Este último critério é adotado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência em que o participante selecionado propicia maior economia para a Administração, inclusive mediante redução de despesas correntes, sendo, por isso, remunerado com base em percentual da economia gerada.

A inspiração do modelo é positiva, mas há compreensíveis dúvidas sobre como a Administração se portará quando eleger semelhante

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 26ª Edição. Editora Atlas: São Paulo. 2013. p. 441

critério. Alguns estudiosos têm considerado inconstitucionais certos aspectos materiais do Regime Diferenciado de Contratações previsto na referida lei.

Uma dessas imprecisões recai sobre a obrigatoriedade de que os objetos da referida lei sejam obras, serviços e compras efetivamente voltados aos eventos esportivos internacionais, já que ela não indica os respectivos parâmetros. Haveria ofensa, portanto, ao art. 37, XX, da Constituição Federal.

Ao que parece, a previsão do art. 1º, § 1º da Lei se mostra totalmente desnecessária. Ampliar a eficiência das contratações e garantir a isonomia entre os licitantes é o objetivo principal do próprio certame licitatório, e não exclusivas da nova modalidade ora em discussão.

No campo do meio ambiente, há irresignação contra o artigo 4º, § 1º, da Lei na 12.462/2011, em razão de permitir mitigação por condicionantes e compensação ambiental, a serem definidas quando do licenciamento ambiental. A ofensa, nesse caso, incidiria sobre os arts. 215, 216 e 225, IV, da Constituição Federal, dispositivos voltados à proteção do meio ambiente.

Da mesma forma, semear a troca de tecnologias para garantir o desenvolvimento tecnológico não se mostra minimamente razoável. Em uma sociedade complexa, de um avanço tecnológico imensurável, é obviamente consequência material que as tecnologias se sobressaíam no que tange à busca pela eficiência das contratações.

A Administração Pública jamais teria primazia pela proposta menos avançada tecnologicamente, ainda que indiscutivelmente mais vantajosa pelo critério econômico. Nesse caso, a afronta pela eficiência na contratação estaria estampada.

Acerca do § 1º do art. 1º e do art. 4º da Lei 12.462/11, Carlos Pinto Coelho Motta e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho¹³ discorrem:

A se considerar tais ditames em seu conjunto, parece-nos que os objetivos e as diretrizes tradicionais não foram simplesmente repetidas no regime diferenciado, mas vieram potencializados por ferramentas criadas ou importadas de institutos típicos das delegações, destinadas a pôr em operação suas premissas e assim gerar-lhes uma perspectiva de efetividade prática e não apenas conceitual. Em outras palavras: ao vincular

¹³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, BICALHO. Alécia Paolucci Nogueira. op cit., p. 71.

o objetivo da melhor relação entre custos e benefícios para o setor privado e uma diretriz detalhada dos parâmetros definidores da maior vantagem [...] e criar o mecanismo da remuneração variável vinculada ao desempenho, além do instituto do contrato de eficiência, a norma deixa entrever o caminho para uma concepção contemporânea das licitações e contratos, que pressupõe a obtenção de resultados positivos para a Administração expressos numa vantagem concretamente aferível.

A incongruência material se repete no art. 3º desta lei, quando elenca os princípios que devem ser observados para a realização do certame licitatório nesta modalidade. A reprodução é nítida quando esta inclui em seu rol taxativo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da economicidade e do julgamento objetivo.

Esses princípios estão ora previstos na Constituição Federal, ora contidos no rol taxativo da Lei 8.666/93. Ao que parece, a sua reprodução possui o singelo escopo de legitimar a existência desta Lei no âmbito jurídico, já que discutida a constitucionalidade de sua vigência (o tema será abordado no decorrer do trabalho).

Por outro lado, quando se menciona o termo “inovação”, tem-se que este se relaciona, tão somente, à regra geral das licitações (Lei 8.666/93), não no aspecto jurídico nacional, já que a inversão das fases de habilitação e julgamento, tida por muitos autores como a maior responsável pela celeridade nas contratações, já vem sendo aplicado desde o advento da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão).

No Regime Diferenciado de Contratações a lei admite que o orçamento estimado para a contratação só seja tornado público após o encerramento da licitação (art. 6º).

Embora o legislador tenha considerado que, com essa diretriz, evitar-se-ia superfaturamento de obras e serviços, há um grande temor de que o efeito seja inverso, no caso de conluio entre agentes da Administração e grandes sociedades econômicas, fato que, lamentavelmente, se noticia diuturnamente.

Outra impugnação recai sobre o regime da contratação integrada (art. 9º, § 1º), que contempla a possibilidade de um só interessado ter a seu cargo não só a elaboração dos projetos básico e executivo, como

também a sua própria execução, concentrando atividades que, por sua natureza, reclamariam executores diversos. Aqui também haveria vulneração ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, por afetar o princípio da ampla competitividade consagrado em sede constitucional.

Como visto, o Regime Diferenciado de Contratações, a despeito de suas incongruências materiais, de fato apresenta inovações no que diz respeito a busca pela celeridade e eficiência dos certames licitatórios. No entanto, a Lei 12.462/2011 possui prazo de vigência determinado, ou, pelo menos, é o que se identifica da leitura e interpretação de seu rol taxativo.

1.5 O prazo de vigência do Regime Diferenciado de Contratações

Inicialmente, o artigo 1º da Lei 12.462/2011 previa que, a utilização da nova modalidade licitatória, seria exclusivamente restrita às obras atinentes aos eventos que ocorreriam no país. A previsão positivava:

Art. 1º. É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável **exclusivamente** às licitações e contratos necessários à realização: [grifei]

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Vê-se que a urgência e a necessidade de acelerar os processos licitatórios atinentes às obras dos eventos tornaram, inicialmente, o campo de abrangência da referida Lei restrito. Essa vinculação além de representar a excepcionalidade do instituto, pode também soar como uma

tentativa pífia do legislador de se eximir das críticas que se formariam em torno das inovações criadas pela Lei, bem como de suas possíveis inconstitucionalidades.

Conforme a veemente crítica de Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso¹⁴, a Lei 12.462/2011:

(...) não se afigura razoável que tenha sido editada com objeto de incidência delimitado tematicamente – criando um regime paralelo e privilegiado -, sobretudo quando se lançam vistas aos graves problemas que sistematicamente ocorreram nas distintas fases da contratação de obras, bens e serviços pela Administração, como evidente impacto na qualidade da infraestrutura e dos serviços públicos oferecidos pelo país.

A despeito da delimitação do âmbito de incidência do novo regime, deve-se observar que trata de demarcação genérica. Isso porque, apesar do vínculo que a norma exige entre o projeto e os referidos eventos esportivos, o seu texto não permite a imediata identificação de quais seriam os projetos beneficiados pelo novo regime jurídico.

A Lei nº 12.462/11 destinava-se a ter vigência temporária, já que estabelecia regime de contratação somente aplicável para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa da Confederações da Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distante até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.

Além de possuir a sua utilização restrita, a Lei 12.462/2011 não deixava claro se possui um prazo de vigência estabelecido. Isso porque, ao dispor que a Lei seria exclusivamente utilizada nos eventos esportivos, cria uma margem interpretativa no sentido de que após a conclusão das obras, a referida Lei perderia o seu objeto de incidência, e consequentemente, a eficácia, um dos requisitos formais de uma norma.

Nesse sentido, Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso¹⁵ concluem:

¹⁴ BARRETO, Ricardo. VELOSO, Vitor Lanza, op. cit., p. 30

¹⁵ BARRETO, Ricardo. VELOSO, Vitor Lanza, op. cit., p. 31

Por fim, ainda quanto ao âmbito de incidência do RDC, dúvida não há quanto ao seu aspecto temporal, pois passados os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado. Parece entretanto, cabível a sua utilização para a disciplina de contratos que, celebrados antes, tenham de ser executados no todo ou em parte depois dos eventos.

No entanto, com a edição das Leis nº 12.688 e 12.745, ambas de 2012, essa interpretação parece ter pedido o sentido. Isso se dá porque ambos os postulados legais criaram emendas aos critérios de exclusividade inicialmente previstos para a Lei. Eis a previsão dos novos incisos IV e V:

Art. 1º (...)

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Ora, evidente que quando se incluíram os dois novos institutos, que não necessariamente possuem vínculo com as obras atinentes aos eventos esportivos, de certa forma pretendia-se prolongar o seu prazo de vigência. Tanto é que atualmente, a maioria dos órgãos federais utilizam-se desta modalidade licitatória para a realização de suas obras.

Um exemplo importante que deve ser mencionado é a própria Universidade Federal de Santa Catarina. Até o fechamento desse trabalho, a instituição educacional realizou nada menos do que 15 (quinze) licitações utilizando-se da nova modalidade.¹⁶

A conclusão que se chega é que o Regime Diferenciado de Contratações deverá se concretizar no âmbito jurídico nos próximos anos, em despeito do término dos eventos.

A sua utilização, entretanto, não deve em hipótese alguma ser erradicada. A celeridade que a modalidade apresenta, bem como a procura pela eficiência licitatória certamente possuem seus benefícios e devem observados.

O que se discute, todavia, é que o modelo previsto pela Lei 12.462/2011 possui inúmeros aspectos que vão de encontro aos ditames

¹⁶

Acessível

em:

<http://notes.ufsc.br/aplic/licitcpl.nsf/vwlicitacao?OpenView&Start=1&Count=30&Expand=4#4>

constitucionais, conforme já mensurado anteriormente. A necessidade de aperfeiçoamento material do instituto é evidente.

Da mesma forma, a Lei 12.462/2011, por mais que repleta de um discurso inovador e moderno, possui incongruências em seu nascedouro que a torna, concomitantemente, arcaica, como aquelas que afrontam princípios constitucionais, conforme observadas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 4.645 e 4.655, que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que a Lei 12.462/2011 deverá se concretizar no âmbito jurídico mesmo após o encerramento dos eventos esportivos, entende-se que o aperfeiçoamento dos institutos nela previstos é essencial para o bom e regular desempenho do direito.

Nesse sentido, a análise, ponto a ponto, do que se discute doutrinariamente e juridicamente, acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, demonstra-se pertinente para contribuir com o aperfeiçoamento do instituto licitatório no Brasil.

Desta forma, emprestar-se-á os conceitos até aqui introduzidos para, na sequência, abordar a temática acerca das possíveis inconstitucionalidades que circundam a esfera da existência da Lei 12.462/2011.

2. AS INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS DO R.D.C.

Além de todo exposto, o Regime Diferenciado de Contratações vem sendo objeto de intensa discussão doutrinária acerca das possíveis inconstitucionalidades em seus aspectos formal e também material. Possíveis, diga-se de passagem, pois até a data de conclusão deste trabalho o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou acerca das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam naquela Corte.

Uma das ações, a ADI nº 4.655, foi ajuizada pelo procurador-geral da República, Roberto Gurgel, na qual, em linhas gerais, o autor demonstra que haverá sérios riscos de comprometimento ao patrimônio público, caso as obras sejam realizadas na forma regulada pela Lei nº 12.462/2011.

A ADI do procurador-geral foi distribuída por prevenção para o Ministro Luiz Fux, pois este já havia recebido a primeira ação ajuizada no Supremo Tribunal Federal contrária ao Regime Diferenciado de Contratações, de autoria dos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, numerada como ADI 4.645.

Em suma, ambas as ações alegam inconstitucionalidades formais e materiais. A ação promovida pelo Procurador Geral afirma que a Lei 12.462 foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 527/11, que fora editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

Fundamenta que houve violação ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos Poderes, já que as Medidas Provisórias são de iniciativa exclusiva do presente da República.

Quanto aos vícios materiais, ao longo da Ação, o procurador-geral afirma que os dispositivos da Lei nº 12.462/11 são inconstitucionais porque ferem os balizamentos que necessariamente devem ser observados

pelas normas infraconstitucionais que regulam as licitações e os contratos administrativos no país.

Questiona ainda dispositivos da lei que conferem à Administração o dever de adoção preferencial do regime de “contratação integrada” e “empreitada integral” de obras e serviços de engenharia, o que implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços. Identifica ainda um outro desvirtuamento dos propósitos da licitação no modelo adotado pelo RDC: a possibilidade que se concentrem em um mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra ou do serviço. Gurgel afirma que isso afronta a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade.

Por fim, o procurador-geral afirma também que a lei, na parte que prevê a adoção de medidas mitigadoras e compensatórias para obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais ou culturais não pode ser interpretada no sentido de que sejam dispensadas exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade.

A ADI nº 4.645 proposta pelos partidos PSDB, DEM e PPS, seguem, em sua maioria, os mesmos fundamentos apresentados pelo Procurador-Geral da República. De acordo com os partidos políticos, houve “abuso no poder de emendar” por parte do relator da Medida Provisória nº 527, deputado José Guimarães, já que ela não tratava inicialmente sobre licitações ou contratos públicos.

Além dos vícios formais apontados, os partidos argumentam que o novo regime de contratação pública, instituído pela Lei nº 12.462/2011 não está de acordo com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nem com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

Para os partidos, as inconstitucionalidades dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, principalmente aos artigos que delegam ao Executivo a escolha do regime

jurídico aplicável, que estabelecem presunção de sigilo do custo das obras, que permitem contratação integrada para a realização de obras e serviços de engenharia, que estabelecem remuneração variável para obras e serviços públicos e que dispensam publicação em diário oficial.

O Ministro Luiz Fux, relator das Ações, determinou a adoção de rito abreviado, sem prévia análise de medida liminar, conforme prevê o artigo 12 da Lei nº 9.868/99, que permite que o processo seja julgado diretamente no mérito pelo Plenário do Supremo diante “da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”.

As inconstitucionalidades formais referidas ações serão debatidas na sequência, de forma a simular um parecer opinativo deste autor acerca das inconstitucionalidades apontadas, na qual serão analisadas, em conformidade com o princípio da prevenção, em uma mesma fundamentação lógica.

Para melhor abordagem e compreensão, os trabalhos serão divididos por argumentações, dividindo-se em dois vértices, quais sejam: (2.1) ausência dos pressupostos constitucionais necessários à edição de medidas provisórias; e (2.2) abuso no poder de emendar e violação do devido processo legislativo. Os tópicos dizem respeito às inconstitucionalidades formais que atacam diretamente a existência da Lei 12.462/2011 no âmbito jurídico.

Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado.

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Esses traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Os vícios materiais, por sua vez, dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo, o que será observado na análise de constitucionalidade da Lei 12.462/2011.

Sobre a necessidade de apreciação, por parte do Poder Judiciário dos atos legislativos revestidos de irrazoabilidade, disserta Gilmar Ferreira Mendes¹⁷:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*).

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interiori della volizione legislativa*). Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo.

Conceituada a dinâmica na qual será abordada a matéria, passa-se à análise das alegações de inconstitucionalidades formais advindas das Ações de Inconstitucionalidade propostas.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. 2ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo. 2012. P. 538

2.1 Ausência dos pressupostos necessários à edição de medidas provisórias (urgência e relevância)

A ADI 4.645, proposta pelos partidos políticos PSDB, DEM E PPS, levantou a hipótese de inconstitucionalidade formal da Lei 12.462/2011, mais precisamente no que tange à ausência dos pressupostos constitucionais para a elaboração das Medidas Provisórias.

Devido a relevância da abordagem, cabe a reprodução quase completa da fundamentação trazida na oportunidade pelos partidos, conforme os termos que se seguem:

“Como não raro ocorre, a Medida Provisória nº 527, de 30 de dezembro de 2010, foi editada sem observância do art. 62 da Constituição Federal, que estabelece os pressupostos de relevância e urgência como elementos imprescindíveis para atos normativos deste jaez.

[...]

Note-se que a afirmação de ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência não se refere as disposições atinentes do Regime Diferenciado de Contratação – RDC. O RDC não constava no texto originário da medida provisória, foi inserida no bojo do projeto de lei de conversão por emendado relator, quando do oferecimento da proposição à deliberação do plenário.

Com efeito, originalmente, a medida provisória em exame tratava apenas da reorganização da Presidência da República e Ministérios, tema ordinário que não autoriza o emprego de medidas provisórias. Afinal, nada mais comum e ordinário do que a reestruturação de órgãos e reorganização da Administração Pública.

Alias, é importante salientar que os fundamentos apontados no § 10, da exposição de motivos que a medida provisória, EM Interministerial n. 31/MP/MD/MF/MJ/CCivil-PR, justificam a urgência do ato no “exíguo prazo para que a reorganização do setor de aviação civil apresente as melhorias e os resultados esperados pela sociedade”.

No entanto, é certo que as alterações pretendidas por meio do ato normativo em exame, em sua redação original, não teriam jamais o condão de corrigir tais problemas, uma vez que tais medidas dizem respeito apenas a modificações na estrutura organizacional dos órgãos do Executivo, sem repercussões práticas, senão indiretas, na qualidade do serviço de aviação civil prestados atualmente no Brasil.”

Como visto, a fundamentação elaborada na ADI nº 4.645 traz a tona a possível incongruência formal na utilização das “Medidas Provisórias”,

no que afeta aos requisitos da “relevância e urgência”, já que tratava de matéria de caráter eminentemente ordinário que, por seu turno, não autoriza o emprego da referida modalidade legislativa.

Em decorrência desse vício formal, afirmam os Partidos Políticos que a Medida Provisória nº 527, de 2011, que inicialmente tratava de matéria atinente à organização da Presidência da República e dos Ministérios, portanto matéria de caráter ordinário, seria inconstitucional. Consequentemente, o vício formal evidenciado afetaria a Lei 12.462/2011, já que também decorre da mesma Medida Provisória em xequê.

A Medida Provisória n. 527¹⁸, de 18 de março de 2011, inicialmente, foi editada com o seguinte preâmbulo: “Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.”

Para dar início à análise em comento, cabe tecer algumas considerações acerca do famigerado instituto constitucional.

A Medida Provisória, no âmbito da Constituição Federal (art. 62), é uma faculdade conferida exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, portanto o Presidente da República, de editar compilados legais que possuirão os atributos atinentes às leis propriamente ditas, quer sejam: vigência, eficácia e validade.

No caso concreto, o escopo legal da Medida Provisória n. 527, em conformidade com o seu preâmbulo alhures transcrito, ressalta que a mesma trata de regras para a criação da Secretaria da Aviação Civil, e outras normas de organização administrativa da presidência. Indaga-se, portanto, se as referidas normas poderiam ter sido positivadas por meio de uma Medida Provisória.

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm

A validade das Medidas Provisórias decorre da observância de rigorosos critérios formais, dentre eles, o Chefe do Executivo deverá ter por norte as vedações contidas no 1º do art. 62, que são:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

[...]

E também a previsão contida no art. 246:

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.

Da leitura das vedações contidas no § 1º do art. 62, e no art. 246, conclui-se que o poder de editar as medidas provisórias possui caráter negativo, ou seja, o Chefe do Executivo está autorizado a editar Medidas Provisórias que tratem de qualquer assunto que seja de competência legislativa, com exceção daquelas contidas no parágrafo mencionado.

Por outro norte, os pressupostos essenciais, e cumulativos, diga-se de passagem, para a edição de uma medida provisória são a “relevância” do tema abordado, bem como a “urgência” de sua necessidade. Sobre eles, explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹:

“(...) pode-se sustentar que a medida provisória foi prevista para o caso de uma urgência qualificada pela relevância. Ou seja, como instrumento de legiferação de urgência”.

Flávio Barbosa Quinaud Pedron²⁰, por sua vez, conclui que a “relevância deve ser entendida como o insuperável, e urgência como inadiável”.

Na doutrina de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco²¹, as medidas provisórias podem ser conceituadas como “*atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o poder de editá-las.*” Alertam ainda para a interessante conclusão de que “*embora produzam efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante*”.

Segundo o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, de acordo com a nova redação do artigo 62 dada pela Emenda Constitucional 32/2001, medidas provisórias são “*providências (como o próprio nome diz, provisórias) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, em caso de relevância e urgência, e que terão força de lei, cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei dentro do prazo - que não correrá durante o recesso parlamentar - de 120 dias contados a partir de sua publicação*”.

¹⁹ FERREIRA FILHO, M. Do processo legislativo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. pp. 240.

²⁰ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Da medida provisória. p. 7.

²¹ MENDES, G. COELHO, I. BRANCO, P.G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. pp. 838

Apesar de serem conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, não são passíveis de identificação imediata, a relevância e a urgência não podem ter a sua interpretação estendida, sob risco de acarretar em insegurança jurídica.

Nesse compasso, discute-se a definição terminológica das palavras “urgência” e “relevância”, no contexto das medidas provisórias. Os conceitos jurídicos bipartem-se em determinados e indeterminados.

Pode-se concluir, portanto, que o conceito de relevância está atrelado ao interesse público. A despeito da Constituição de 1988 não utilizar mais a expressão interesse público relevante, deve-se entender que apenas o que for de interesse público será considerado relevante, não cabendo a adoção de Medidas Provisórias para a defesa de outros interesses.

Indiscutível, inicialmente, que ambos são elementos cumulativos e indissociáveis. Isto porque toda relevância em que couber uma Medida Provisória, será também urgente, e vice versa. Pode-se dizer, em verdade, que o texto constitucional poderia muito bem definir o critério básico para a edição de uma medida provisória como uma “relevante urgência”, ou, uma “urgente relevância”.

Deve-se entender então que os critérios serão utilizados juntamente para as situações que demandarem uma resposta imediata por parte do sistema legislativo, e que por isso a competência para editar compilados legais visando esta satisfação imediata recaiu sobre o chefe do executivo, por ser o único agente com autonomia funcional para tomar decisões por si só, desde que devidamente fundamentada.

Sobre o tema, Luís Carlos Martins Alves Júnior²², assim se manifesta:

“em havendo as circunstâncias excepcionais de urgência e relevância, e não existindo no ordenamento jurídico, instrumentos legais capazes de solucionar e remediar os efeitos dos acontecimentos excepcionais, devendo o Estado atuar prontamente, cabe ao Chefe do Poder Executivo editar medida provisória com esse desiderato. Para tanto, como garantia de

²² ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito p. 4.

legitimidade constitucional, deve-se fundamentá-la, demonstrando-se a relevância e urgência (...). Expondo a relação de causalidade entre o ato expedido e a finalidade perquirida”

Se assim não fosse, não haveria necessidade de se existir o instituto da Medida Provisória, pois, evidentemente, acarretaria no desequilíbrio entre os três poderes.

Nesse sentido, vê-se que a utilização da Medida Provisória deve se restringir à uma situação fática que demande uma resposta imediata. Essas situações, por regra, devem estar justificadamente ligadas à catástrofes ambientais, estados de guerra, bem como qualquer outra situação que demande um apelo popular de enorme valoração, ou seja, que atenda ao interesse público.

No entanto, não é qualquer interesse público que enseja a edição de Medidas Provisórias. Todo e qualquer interesse público é de fato relevante, mas o vocábulo relevância empregado no texto constitucional faz referencia aos casos mais graves, mais importantes e que demandam atuação imediata do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello é didático ao discorrer sobre a relevância contida no artigo 62 da CF, afirmando que *“não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é, ipso facto, relevante. Donde – e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis – há de se entender que a menção do art. 62 à ‘relevância’ implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória”*.²³

O Presidente da República deve editar Medidas Provisórias apenas em casos emergenciais, para suprir necessidades inadiáveis ou evitar atividades danosas ao país. Esse ato normativo não pode ser utilizado como regra no processo legislativo, como, aparentemente, vem sendo usado. Trata-se de providência excepcional a ser usada apenas quando inafastável for a necessidade.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª edição. São Paulo-SP; Editora Malheiros; 2006; p. 77-78.

Além de relevante, a situação deve observar também a urgência para que o Presidente adote uma Medida Provisória. A urgência se refere ao momento. A medida, portanto, deve ser iminente, não podendo ser adiada.

Sobre a urgência, bem se manifesta Roque Antonio Carrazza²⁴:

“só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes inilidíveis prejuízos à Nação venha a ser disciplina por meio de lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 64 da CF, aprovar-se uma lei ordinária no prazo de 45 dias contados da apresentação do projeto. Logo, em nosso direito positivo só há urgência se realmente não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto.”

Para Márcia Domingues Nigro Conceição²⁵, a urgência insere-se no *periculum in mora*, pois, em determinada matéria, a espera do trâmite normal do processo legislativo pode inviabilizar o caráter acautelatório da medida constitucional, causando dano irreparável ou de difícil reparação. A relevância estaria fulcrada no *fumus boni iuris*, por entender que os motivos da emanção das medidas provisórias, pelo próprio sentido etimológico do termo, devem ser altamente significativos em termos de preemência, justificando assim a necessidade do ato normativo no exercício de ação executiva.

Neste mesmo sentido, discursa Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶:

[...] mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo existirão sérios riscos de que sobrevenha efeitos desastrosos em caso de demora.

²⁴ CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 187.

²⁵ CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF). São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 107.

²⁶ Curso de direito administrativo, p. 118.

A urgência deve existir para que a medida seja adotada, bem como para que entre em vigor. Não se admite Medida Provisória com eficácia diferida. A situação deve exigir que a medida entre em vigor de imediato.

Observa-se, no entanto, que a Medida Provisória nº 527 de 2011 tratava de normas de organização administrativa da presidência da república, facilmente apreciáveis por Leis Complementares, ou até mesmo por Decretos Normativos. Essa multiplicidade de acatáveis processos legislativos de certo vão de encontro ao requisito da urgência, e até mesmo da relevância.

Ao mesmo tempo, aceitar que Medidas Provisórias, notadamente revestidas de formalidade não atinentes à sua natureza jurídica, circulem e produzam efeitos, é atestar a inoperância do tripé republicano.

Seguindo este raciocínio, o Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do pedido cautelar que compunha o pleito veiculado pela ADI nº 2.213, bem definiu:

Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – **quando ausentes razões constitucionais** de urgência, necessidade e relevância material, investir-se ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, **vindo a converter-se**, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, **afetando**, desse modo, **com grave prejuízo** para o regime das liberdades públicas e **sérios reflexos** sobre o sistema de “*check and balances*”, a relação de equilíbrio que **necessariamente** deve existir entre os Poderes da República. **Cabe**, ao Poder Judiciário, **no desempenho** das funções que lhe são inerentes, **impedir** que o **exercício compulsivo** da competência extraordinária de editar medida provisória **culmine** por introduzir, no processo institucional brasileiro, em **matéria legislativa**, verdadeiro **cesarismo governamental**, provocando, assim, grave **distorces** no modelo político e gerando disfunções comprometedoras da integridade constitucional da separação de poderes (Adi 2.213-MC, DJ de 04.04.2002). [grifos originais]

É cediço que a tripartição dos Poderes incumbiu a cada um destes as suas tarefas e obrigações. Para o legislativo restou a atribuição que carrega em sua própria denominação, ou seja, a de legislar. Se existe uma previsão Constitucional que estende essa imputação ao Poder Executivo, por

certo que esta deve se restringir ao que dispõe a referida prescrição, em decorrência do caráter excepcional da qual se reveste tal dispositivo.

A Medida Provisória nº 527, de 2011, por sua vez, se iniciou por meio de um processo legislativo irregular (inconstitucional). Por decorrência, a Lei 12.462/2011, que resultou da conversão da referida medida provisória, também apresenta um vício formal que ataca os quesitos da validade e da legalidade da norma.

Ademais, cabe mencionar que o Congresso, no exercício do controle das Medidas Provisórias, não tem o poder de transformar um ato inconstitucional em constitucional. Desta forma, quando o Congresso converte em Lei uma Medida Provisória, sem atentar para os requisitos de admissibilidade, contraria a Constituição, e a Lei aprovada, consequentemente, carrega consigo os vícios de sua criação.

Com isso, tudo leva a crer que as medidas provisórias devem ser controladas pelo Poder Judiciário, inclusive quanto aos requisitos de relevância e urgência.

O tema, inclusive, foi objeto de recente julgamento²⁷ pelo Supremo Tribunal Federal, no qual considerou que a Medida Provisória nº 405, e consequentemente, a Lei 11.658/08, são inconstitucionais, já que a medida não atendia aos quesitos da relevância e da urgência.

Nesse ponto, importante que se faça a transcrição de trechos do voto do Ministro Celso de Mello, conforme os termos que se seguem:

O reconhecimento da imunidade jurisdicional, que pré-excluisse, de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso fosse admitido – implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional.

Vê-se, pois, que a relevância e a urgência – que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados – qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício

²⁷ ADI-MC 4048.

desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.

Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias.

Fazendo jus às funções de guardião da constitucionalidade, por certo é que se deve fazer um julgamento do caso concreto de acordo com as formalidades previstas na Lei Maior. Despe-se, portanto, de imperativos políticos ou econômicos para atentar ao fato de que o Executivo vem, constantemente, legislando por meio de Decretos, o que deve ser rigidamente coibido, já que a prática põe em risco a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

A questão torna-se mais sutil quando se indaga da possibilidade de uma medida provisória que sofra de vício de inconstitucionalidade vir a ser confirmada pelo Congresso Nacional, transformando-se em lei. Nesse caso, apenas a medida provisória será inconstitucional? Pode a lei que a confirmou ser considerada válida a partir da sua edição?

Opiniões categorizadas sugerem que, sendo a lei de conversão um diploma autônomo com relação à medida provisória, os vícios próprios da medida provisória não se comunicariam à lei de conversão. Há a ponderar, entretanto, que, nos termos da jurisprudência do STF, a medida provisória confirmada pelo Congresso Nacional não sofre solução de continuidade com a sua transformação em lei.

A lei resultante da sua aprovação atua para ratificá-la com relação ao passado e assegurar a sua vigência para o futuro. Havendo a confirmação da medida provisória, o STF entende especiosa a distinção entre lei de conversão e a própria medida provisória.

Se assim é, não parece que se possa dar a lei de conversão como impermeável aos vícios da medida provisória. Afinal, aquela é a

ratificação desta. Ademais, a lei é editada porque o Congresso foi provocado a legislar, ao ser editada a medida provisória.

A medida provisória foi o fato deflagrador do processo legislativo da lei que a ratificou. Se o processo legislativo está maculado, na sua origem, por ter sido provocado por um ato que a Constituição tem como inválido, não parece possível dissociar a lei daí resultante do grave vício ocorrido no seu nascedouro.

Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 527, e consequentemente da Lei nº 12.562, ambas de 2011, parece ser o caminho mais razoável para a aferição da segurança jurídica da democracia nacional. O seu reconhecimento, além do efeitos concretos, possivelmente também acarretará na produção de um novo campo de abrangência da constitucionalidade dos atos legislativos, dada a relevância do tema apreciado.

2.2 Abuso no poder de emendar e violação do devido processo legislativo

A Medida Provisória nº 527 foi convertida na Lei nº 12.462²⁸, fato notório e incontroverso. Como visto na abordagem anterior, a referida medida inicialmente tratava de matéria atinente à estruturação da Presidência da República, de seus ministérios, e da aviação civil no país.

Contudo, o que se discute é que a Lei 12.462 em nada se aproxima do texto inicial contido na referida Medida Provisória, o que possivelmente pode representar o abuso no poder de emendar, por parte do legislativo nacional.

Nesse aspecto, ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade apresentaram argumentos fundamentando a afronta à

²⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm

Carta Magna. A ADI 4655, proposta pelo Ministério Público Federal assim dispõe:

A inclusão de matéria estranha a tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (Art. 2º, da CR). Isso porque tal espécie normativa e da iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir, também com exclusividade, quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio.

[...] a exemplo do que ocorre com os projetos de iniciativa exclusiva de outros Poderes e do Ministério Público, é preciso que guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original (ADI-MC 1.050, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 23.04.2004)

Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via. Não é por outra razão que a Resolução nº 1, de 1989-CN, que *“dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal”*, estabelece expressamente em seu art. 4º, § 1º, ser *“vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha aquela tratada na Medida Provisória”*.

Na mesma esteira, os Partidos Políticos (ADI 4645) alegam:

A Medida Provisória n. 527 nada prescrevia sobre licitações e contratos públicos. Dispunha sobre organização da Presidência da República e dos Ministérios, criação da Secretaria da Aviação Civil, alterações da lei da ANAC e da INFRAERO, criação de cargos em comissão, bem como a contratação de Controladores de Tráfego Aéreo.

O “Regime Diferenciado de Contratações Públicas” foi incluído no bojo da Medida Provisória n. 527, por meio da emenda do relator da proposição, José Guimarães (PT-CE), quando de sua tramitação na Câmara dos Deputados, e resulta da atuação do Executivo Federal junto à base do Governo no Congresso Nacional.

[...]

Ao final das diversas tentativas de aprovação acima referidas, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas acabou incluído, por meio de emenda do relator, no bojo da Medida Provisória n. 527, de 2011, que acabou convertida na Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2011, diploma normativo que ora se traz ao conhecimento desta egrégia Corte, sob argumento de ofensa à Constituição Federal.

Como visto, as fundamentações elaboradas em ambas as Ações de Inconstitucionalidade, referem-se ao abuso, por parte do Poder Legislativo, de emendar uma medida provisória convertida em lei, em outros termos, o abuso representaria o “contrabando legislativo”.

Afirmam que no caso da Medida Provisória nº 527/2011, o seu teor, inicialmente, não possuía qualquer divagação acerca do que viria a se tornar a “Lei diferenciada de contratações públicas”.

Entendem que no projeto de Conversão da referida Medida Provisória foi incluída a matéria tocante às licitações para os eventos, em afronta ao republicanismo e ao processo legislativo como um todo, já que a medida provisória que é convertida em lei, obrigatoriamente deve possuir o mesmo conteúdo da sua edição inicial.

A discussão se estende a um longo tempo, e já são inúmeras as Medidas Provisórias que foram convertidas em lei possuindo incongruência formal.

Em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, aponta-se vício formal em determinadas leis resultantes da conversão de medidas provisórias, em virtude da inclusão de emendas parlamentares sem pertinência temática com a proposta inicialmente encaminhada pelo Poder Executivo.

Para melhor elucidar o tema, importante que se faça uma análise minuciosa acerca do processo legislativo, previsto constitucionalmente na Seção VIII, artigo 59 e seguintes, nos termos:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;**
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

A respeito do procedimento legislativo, bem como a sua adequação aos ditames legais, afirma Alexandre de Moraes²⁹:

“O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

[...]

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado. Saliente-se, ainda, que mesmo durante o processo legislativo, os parlamentares têm o direito público subjetivo à fiel observância de todas as regras previstas constitucionalmente para a elaboração de cada espécie normativa, podendo, pois, socorrerem-se ao Poder Judiciário, via mandado de segurança. [grifei]

Pois bem, introduzido a definição do termo em comento, cabe também, tecer algumas considerações acerca de como ocorre na prática o processo legislativo decorrente da edição de uma Medida Provisória.

O art. 62 da Constituição Federal determina que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Uma vez editada, a medida provisória permanecerá em vigor pelo prazo de 60 dias e será submetida, imediatamente, ao Poder Legislativo,

²⁹MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª Edição. Editora Atlas: São Paulo. 2003. P. 530.

para apreciação da sua legalidade, nos termos dos 12³⁰ parágrafos contidos no art. 62.

Primeiramente será encaminhada à Câmara dos Deputados, que realizará a deliberação principal e a primeira votação, devendo, antes de analisar seu mérito, efetuar juízo sobre a presença dos requisitos constitucionais exigidos, ou seja, sobre a presença ou não de relevância e urgência.

³⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Tendo sido aprovada pela Câmara dos Deputados por maioria simples, a medida provisória será encaminhada ao Senado Federal, que igualmente deverá analisar a presença dos requisitos constitucionais exigidos para sua edição, antes da análise do mérito e eventual aprovação por, também, maioria simples.

Aprovada a medida provisória, será convertida em lei, devendo o Presidente do Senado Federal promulgá-la, uma vez que se consagrou na esfera legislativa essa atribuição ao próprio Poder Legislativo, remetendo ao Presidente da República, que somente publicará a lei de conversão.

É possível que no decorrer da tramitação da Medida Provisória nas Casas Legislativas, haja algum expoente interessado em realizar uma modificação no texto originário da referida medida. Esta possibilidade existe, desde que instruída regularmente nos termos das Resoluções nº 01 e nº 02 do Congresso Nacional.

A Resolução nº 01, de 1989, alterada parcialmente pela Resolução nº 02³¹, de 1989, determina que as emendas deverão ser entregues à secretaria da comissão mista, nos cinco dias que se seguirem a sua publicação, no Diário Oficial da União, **proibida, terminantemente, a apresentação de emendas que versarem sobre matéria estranha à deliberada pelo texto da medida provisória**, visando, pois, impedir o alargamento da utilização deste processo legislativo especial e excepcional.

Importante ressaltar que os parlamentares que apresentarem emendas à Medida Provisória, deverão, ao mesmo tempo, exibir texto regulando as relações jurídicas decorrentes de possível alteração pelo dispositivo emendado.

No caso concreto, o relator da matéria na Câmara dos Deputados sustentou a relação de pertinência entre o RDC e as disposições constantes do texto original da MPV, sob o argumento de que:

³¹ Acessível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegComum_Normas_Conexas.pdf p. 172.

“(...) não se vislumbram efeitos práticos na alteração institucional sugerida para o setor da aviação civil sem que simultaneamente se atribuam aos titulares de seus postos as condições indispensáveis à solução em caráter emergencial do problema mais notório da área, a precária estrutura que hoje caracteriza a totalidade dos aeroportos brasileiros.”

Tal justificativa, entretanto, não tem o ímpeto de demonstrar que a emenda realizada à MPV nº 527 não feriu os ditames constitucionais. Em primeiro lugar, o vínculo alegado somente poderia se referir às licitações e contratos para a construção ou ampliação de aeroportos, ao passo que as novas normas de licitação se aplicarão à totalidade das obras, serviços e compras necessárias à realização dos eventos desportivos vindouros e promovidas por todos os entes federados no território dos quais os jogos ocorrerão.

Ademais, o raciocínio desenvolvido pelo relator da MPV na Câmara dos Deputados confunde os objetos previstos na Lei 12.462/2011. Pode-se sustentar que, tanto as alterações na estrutura administrativa do Governo Federal quanto aquelas nas regras de licitações e contratos apresentam, entre suas justificativas, a necessidade de preparação do País para a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Isso não significa, contudo, que haja afinidade entre os objetos.

Por outro norte, outra latente ofensa constitucional estaria, também, estampada no que tange ao *quórum* necessário para a aprovação das modalidades legislativas.

Para a aprovação da conversão de uma medida provisória, o *quórum* é notadamente inferior ao *quórum* para a aprovação de uma Emenda Constitucional, ou até mesmo, para a criação de uma Lei Complementar.

Nesses casos, a previsão Constitucional é de que as propostas de Emenda à Constituição (PEC), para aprovação, exigem um quórum mínimo de 3/5 de votos favoráveis do total de membros da Casa. Já os Projetos de Lei Complementar (PLP) também exigem um quórum diferenciado para a sua aprovação, que é, no mínimo, a maioria absoluta de votos favoráveis.

No caso da aprovação do Projeto de Conversão em Lei de Medida Provisória, há a exigência de que o *quórum* seja, tão somente, da maioria simples dos presentes nas sessões legislativas de votação, em ambas as casas.

Desta forma, o atalho utilizado, com a inserção irregular de um tema alheio ao texto inicial de uma medida provisória, mostra-se mais célere no que tange à necessidade de se adquirir um expressivo número de votos favoráveis por parte dos deputados votantes, ou seja, reduz a rixa partidária existente nas Casas Legislativas, beneficiando o partido situação (já que a Medida foi editada pelo Presidente da República, representante máximo da bancada da situação).

Nesse passo, resta evidenciada também a afronta à Lei Complementar nº 95³² de 26 de fevereiro de 1998, que *dispõe sobre a elaboração o, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal*. Fere, em especial, os incisos I e II de seu art. 7º, segundo os quais, excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto e não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

Apesar da Lei Complementar nº 95/1998 ter caráter infraconstitucional, entende-se que a sua afronta corresponde a uma inconstitucionalidade decorrente, já que a LC 95 foi editada para dispor especificamente sobre o art. 59 da Constituição Federal, que, por seu turno, deixou em aberto a possibilidade de que uma Lei Complementar viesse a criar seus critérios de definição.

Em um caso análogo, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento concretizado de que as emendas efetuadas em textos legais de matéria privativa do Poder Executivo somente poderão ser editadas desde que

³² Acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm

possuam pertinência temática e jurídica com o que está sendo abordado. É bem esclarecedora a ementa do acórdão proferido no julgamento da ADI 546³³:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 4º e 5º da Lei nº 9.265, de 13 de junho de 1991, do Estado do Rio Grande do Sul. - Tratando-se de projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não pode o Poder Legislativo assinar-lhe prazo para o exercício dessa prerrogativa sua. - Não havendo aumento de despesa, o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas esse poder não é ilimitado, **não se estendendo ele a emendas que não guardem estreita pertinência com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo pelo Executivo e que digam respeito a matéria que também é da iniciativa privativa daquela autoridade.** Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º e 5º da Lei nº 9.265, de 13 de junho de 1991, do Estado do Rio Grande do Sul. (grifei)

Em matéria de iniciativa legislativa, o Supremo Tribunal Federal, como visto, entende que a sua usurpação atenta de tal forma contra a ordem constitucional que nem mesmo a sanção daquele ente a quem cabia propor a lei convalida o vício.

Nesse sentido, José Afonso da Silva³⁴ orienta que:

“os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo) para evitar distorções e desmandos”.¹⁹

Já para Marcello Cerqueira³⁵:

“a separação resolve a questão orgânica dos entes que administram o Estado; enquanto a independência vai dizer respeito à autonomia da administração própria de cada Poder. O princípio da harmonia é que vai ajustar a zona cinzenta entre a separação (mais simples, porque estática) e a independência entre eles (mais complexa, por ser dinâmica). A harmonia é a chave para resolver conflitos entre os círculos secantes da separação e da independência, (...).

³³ ADI 546, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1999, DJ 14-04-2000 PP-00030 EMENT VOL-01987-01 PP-00176

³⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000..

³⁵ CERQUEIRA, Marcello. Medida provisória: a miséria da lei. Revista Trimestral de Direito Público, Rio de Janeiro, n. 11, 1995. p. 165.

O mesmo entendimento deve ser aplicado às medidas provisórias. E que, seja em relação a ela, seja em relação a iniciativa privativa, há um componente de deliberação quanto a conveniência e necessidade que é intransferível para outros Poderes.

Tais emendas, em verdade, implicariam – além de cercearem a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo – usurpação de competência exclusiva de um Poder por outro para a elaboração de normas estranhas ao objeto que o projeto de lei apresentou à apreciação do Legislativo.

O procedimento legislativo especial foi previsto constitucionalmente apenas para analisar o objeto disciplinado originariamente no texto da MP editado pelo Presidente da República, ou seja, aqueles temas que, na origem, foram reputados como de relevância e urgência.

Mais do que isso: o rito especial da Medida Provisória que se estende ao projeto de lei de conversão seria aplicável apenas às emendas parlamentares que guardassem pertinência temática com a medida provisória. É preciso, então, que o objeto do projeto de lei de conversão tenha seu objeto delimitado no âmbito da medida provisória.

Ressalta-se, ainda, que a conversão da medida provisória em lei não afasta a possibilidade de análise judicial da presença dos requisitos formais necessários à edição das medidas provisórias, cuja ausência acarretará na sua nulidade, sem possibilidade de convalidação.

Impossível, portanto, corroborar com tamanha afronta aos ditames constitucionais, e a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

A inconstitucionalidade existe. É latente. Deve, desta forma, ser tal prática coibida pelo Poder Judiciário, pois, no papel de fiel da balança da justiça, tem obrigação de exercer as suas funções de guardião da constituição para, desta forma, manter o equilíbrio entre três poderes pilares do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o avanço econômico que vem sendo observado pelo Brasil nos últimos anos, permitiu que o Estado agregasse para si a responsabilidade de sediar eventos esportivos de elevada grandeza no âmbito mundial.

Dessa abertura econômica, nasceram os acordos firmados entre o Governo Federal e as entidades particulares, FIFA, e COI, nos quais o Brasil se submeteu a construir os espaços destinados à realização dos eventos, em ordem histórica: Copa das Confederações, realizada em 2013; Copa do Mundo FIFA de Futebol, que será realizada em 2014; e as Olimpíadas e Paraolimpíadas, que serão realizadas em 2016.

Tendo em vista a proximidade temporal em que seriam/serão realizados os eventos, em detrimento da época em que foram aceitos por parte do Governo Federal, evidenciou-se a necessidade de aceleração de todo o aparato governamental, dentre eles, o modelo licitatório, por meio do qual o Estado brasileiro realiza seus contratos com particulares.

A necessidade adveio, principalmente, do notório vagaroso modelo de tramitação licitatório previsto pela Regra Geral de Licitações, a Lei Federal nº 8.666/93.

Depois de algumas tentativas, em 04 de agosto de 2011 o Poder Legislativo Federal conseguiu ver aprovada a Lei nº 12.462, na qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Ressalta-se que esta Lei foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 527, também de 2011.

Esse regime, como exposto, possui, principalmente, o crivo da eficiência na contratação de entes particulares para a realização de obras, com a “desburocratização” dos certames licitatórios, e, conseqüentemente, a maior celeridade na perfectibilização dos contratos administrativos.

Todavia, a Lei nº 12.462 vem sendo alvo de inúmeras críticas doutrinárias, bem como legais, já que, contra ela, tramitam, pendente de julgamento, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, de números 4.645 e 4.655. Nessas ações são abordadas inconstitucionalidades de caráter materiais e formais da Lei nº 12.462.

Em suma, as supostas inconstitucionalidades materiais dizem respeito à afronta, por parte dos dispositivos contidos naquela Lei, aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e publicidade previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

No que tange às supostas inconstitucionalidades formais, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade evidenciam que a Medida Provisória nº 527, de 2011, não observou os pressupostos da urgência e relevância necessários à sua edição, o que, por decorrência, acarretaria também na inconstitucionalidade da Lei nº 12.462.

Da mesma forma, as Ações evidenciam que o processo legislativo, no qual resultou na conversão da Medida Provisória nº 527, contém vício formal em sua criação, já que, segundo afirmam, o texto legal que hoje vigora na Lei 12.462, inicialmente, não estava contido no teor daquela Medida, acarretando, desta forma, no abuso do poder de emendar.

Da análise elaborada neste trabalho concluiu-se pela inconstitucionalidade da Lei 12.462 em ambos os aspectos formais.

O primeiro ponto abordado, atinente à não observância dos critérios de urgência e relevância, demonstrou que a Medida Provisória nº 527 de 2011 não poderia jamais ter sido editada, já que, inicialmente, a sua matéria tratava de assuntos não editáveis por meio de Medidas Provisórias, ou que, em decorrência da generalidade de processos legislativos possíveis para a sua edição, perde também o atributo da relevância.

Ao mesmo tempo, entende-se que as Medidas Provisórias possuem sua utilização restrita aos casos de extrema urgência, revestidos do caráter da segurança nacional, bem como em casos de calamidade pública,

nos quais se faz necessário a adoção de medidas céleres para a satisfação do interesse público.

No entanto, a Medida Provisória nº 527 tratava de assuntos relacionados à organização da Casa Civil e seus ministérios, bem como da regularização da Aviação Civil no Brasil, matérias, portanto, em nada urgente e relevante.

Utilizou-se de citações doutrinárias, bem como de votos fundamentados em outros julgamentos semelhantes, demonstrando que a utilização de Medida Provisória para a positivação de matérias legais, vem sendo corriqueiramente utilizada pelos Chefes do Executivo Nacional.

Seja em detrimento do lento, mas legítimo e necessário processo legislativo, ou em razão do resquício histórico dos Decretos-Leis utilizados durante o período Militar, o fato é que a competência para legislar pertence ao Poder Legislativo. O Poder Judiciário, por sua vez, deve coibir a usurpação desta faculdade pelo Poder Executivo, fazendo jus às suas faculdades de fiscal da Lei.

Desta forma, a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 527, bem, como da Lei 12.462/2012 devem ser observadas de forma a garantir a segurança jurídica dos pilares da democracia nacional.

Na análise do segundo aspecto de inconstitucionalidade, evidenciou-se o abuso no poder de emendar, quando da conversão da Medida Provisória nº 527 na Lei 12.462/2011.

Demonstrou-se que o conteúdo inicial da Medida Provisória em questão, em nada se assemelhava com o que foi posteriormente convertido no Regime Diferenciado de Contratações, e que a matéria atinente ao regime diferenciado foi introduzida de forma irregular durante as sessões legislativas de conversão da referida Medida.

Como visto, a praxe irregular, da mesma forma, também vem sendo utilizado corriqueiramente pelo Poder Legislativo, de forma a burlar o processo legislativo, bem como para facilitar a aprovação de assuntos que

necessariamente necessitariam de um *quórum* mais vasto para a sua aceitação.

Fundamentando-se na necessidade de apreciação de tais temas pelo Poder Judiciário, concluiu-se que em ambos os aspectos abordados a Lei nº 12.462/2011 possui vícios formais.

A sua apreciação, todavia, deverá ser coordenada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas.

Seja qual for o resultado, entende-se que apesar de conter vícios formais, a Lei nº 12.462/2011 vem com o intuito de modernizar o procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/93, tão criticado pelos doutrinadores em geral, e que por isso merece receber um tratamento especial.

Se existem aspectos nela que são irregulares, deve-se, portanto, perfectibilizá-los, de forma a atender ao melhor interesse público, seja qual for a solução cabível para isto.

REFERÊNCIAS

ALTONIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.1jus.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 05.nov.2013.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Comentando as Licitações Públicas, Série Grandes Nomes*, vol. III, Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2002.

ANDRADE, Ricardo Barreto; VELOSO, Vitor Lanza. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Senado Federal. Contrabando legislativo e violação do devido processo legislativo. Autor Senador Pedro Taques. Disponível em: <<http://www.pedrotaquesmt.com.br/uploads/downloads/Discurso-MPs-Final-13408301294feb71b1b47df.pdf>>. Acesso em 05.nov.2013.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05.nov.2013.

_____. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 fev. 1998. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 05.nov.2013.

_____. Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011. Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm> Acesso em: 05.nov.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 546. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 9.265/1991, do Rio Grande do Sul. Tratando-se de projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, não pode o Poder Legislativo assinar-lhe prazo para o exercício dessa prerrogativa sua. Não havendo aumento de despesa, o Poder Legislativo pode emendar o projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, mas esse poder não é ilimitado, não se estendendo eles a emendas que não guardem estreita pertinência com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo pelo Executivo e que digam respeito a matéria que também é da iniciativa privativa daquela autoridade. Relator Ministro Moreira Alves. 11 de março de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266408>>

_____. Congresso Nacional. Regimento Comum. Resolução nº 01, de 1970-CN (texto consolidado até 2010). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegComum_Normas_Conexas.pdf>. Acesso em 05.nov.2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.

CAMMAROSANO, Márcio. DAL POZZO, Augusto Neves. VALIM, Rafael. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011;

Decreto nº 7.581/2011) – Aspectos Fundamentais. 2 ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed., rev., ampl.e atual. até a Emenda Constitucional n. 31/2000. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Daniel Pinheiro de. Medidas provisórias e a questão da pertinência temática de emendas parlamentares. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3253, 28 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21880>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

CERQUEIRA, Marcello. *Medida provisória: a miséria da lei*. Revista Trimestral de Direito Público, Rio de Janeiro, n. 11, 1995. p. 165.

CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, M. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

Licitações feitas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Acessível em: <<http://notes.ufsc.br/aplic/licitcpl.nsf/vwlicitacao?OpenView&Start=1&Count=30&Expand=4#4>>. Acesso em 05.nov.2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. COELHO, I. BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo Atlas, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *RDC – Contratações para as copas e jogos olímpicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e eletrônico*. 6 ed. rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Da medida provisória*. Disponível em:

<www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=176&p=1>. Acesso em: 05.nov.2013

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Portal da Copa. Dados dos investimentos realizados. Disponível em: <<http://www.copa2014.gov.br/pt-br/brasilecopa/sobreacopa/numeros>>. Acesso em 05.nov.2013.

REZENDE, Renato Monteiro. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à lei nº 12.462, de 2011. Disponível em:

<[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatorio - Assessoria Legislativa do Senado - Renato Rezende.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/925_Relatorio_Assessoria_Legislativa_do_Senado_-_Renato_Rezende.pdf)>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZOCKUN, Maurício. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.